

LAS OBJECIONES DE CONCIENCIA EN LA JURISPRUDENCIA DE ESTRASBURGO

JAVIER MARTÍNEZ-TORRÓN

*Catedrático de Derecho Eclesiástico
Universidad Complutense de Madrid*

Resumen

Este trabajo analiza el tratamiento dado por la jurisprudencia de Estrasburgo a las situaciones de objeción de conciencia, es decir, a las situaciones en que una persona se enfrenta a un conflicto entre sus convicciones morales —de origen religioso o no— y el cumplimiento de una obligación jurídica derivada de una ley neutral —es decir, una ley que persigue objetivos seculares legítimos. El autor sostiene que la jurisprudencia de Estrasburgo ha propuesto tradicionalmente una interpretación restrictiva de la libertad de conciencia en esta clase de situaciones, y ejemplifica su tesis con sentencias y decisiones de inadmisibilidad, sobre todo en cuestiones que se refieren al ámbito educativo y a la simbología religiosa personal. Para el autor, la sentencia *Bayatyan*, dictada por la Gran Sala del Tribunal Europeo en 2011, puede constituir un punto de inflexión en la jurisprudencia europea, aunque posteriores sentencias siembran algunas dudas sobre la continuidad, o la consistencia, de ese cambio de orientación jurisprudencial. El autor concluye expresando su esperanza de que el futuro rumbo de la jurisprudencia europea adopte una línea más decididamente protectora de la libertad de conciencia individual, en consonancia con otros organismos internacionales, y con la propia Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea.

Palabras clave: Objeción de conciencia; libertad de conciencia; Tribunal Europeo de Derechos Humanos; Convenio Europeo de Derechos Humanos; símbolos religiosos; libertad religiosa; leyes neutrales; legalismo.

Abstract

This article analyses the solutions given by the Strasbourg jurisdiction to situations of conscientious objection, i.e., situations in which an individual faces a conflict between his moral beliefs —religiously inspired or not— and compliance with a legal obligation deriving from a neutral law —i.e., a law that pursues legitimate secular goals. The author argues that the Strasbourg jurisdiction has traditionally held a restrictive interpretation of freedom of conscience in that type of situations, and illustrates his thesis with judgments and inadmissibility decisions, above all in issues regarding education and personal religious symbols. For the author, the *Bayatyan* judgment, delivered by the Court's Grand Chamber in 2011, may constitute a turning point in the European case law, although some subsequent judgments cast doubt on the continuity, and the consistency, of that swift in the European Court's case law. The author concluded expressing his hope that the future of the Strasbourg case law will adopt a line more decidedly protective of individual freedom of conscience, in line with other international bodies and with the EU Charter of Fundamental Rights.

Keywords: Conscientious objection; freedom of conscience; European Court of Human Rights; European Convention on Human Rights; religious symbols; religious freedom; neutral laws; legalism.

Sumario: 1. Introducción; 2. Algunas claves para el tratamiento jurídico de las objeciones de conciencia; 2.1. Noción de objeción de conciencia; 2.2. Dos planteamientos fundamentales; 3. La insuficiente protección de la libertad de conciencia en Estrasburgo; 3.1. El significado del término práctica en el Convenio Europeo; 3.2. Leyes 'neutrales' y obligaciones morales: la restricción indirecta de la libertad religiosa; 4. Las principales sentencias del TEDH; 4.1. Objeciones a contenidos o prácticas educativos: *Kjeldsen* y sus secuelas; 4.2. Las decisiones en materia de símbolos religiosos personales; 4.3. *Bayatyan*: ¿un posible cambio en la jurisprudencia del TEDH?; 4.4. Un itinerario irregular: *Sessa* y *Eweida*; 5. Consideraciones finales.

1. INTRODUCCIÓN

El Tribunal Europeo de Derechos Humanos (en adelante TEDH) es probablemente el principal instrumento actual para la tutela jurídica de los derechos humanos en el plano internacional. Aunque su jurisdicción se extiende solamente a los 47 países miembros del Consejo de Europa —lo cual no es poca cosa— su influencia va mucho más allá. La Corte Interamericana de Derechos Humanos frecuentemente se ha inspirado, organizativa y funcionalmente, en Estrasburgo. La jurisprudencia de Estrasburgo es citada cada vez más por la doctrina académica y por tribunales de todo el mundo, y a menudo utilizada como fuente de autoridad que fundamente resoluciones judiciales de países no europeos. Incluso en el Tribunal Supremo norteamericano —uno de los tribunales constitucionales menos permeables a la influencia jurídica extranjera— se ha hecho relativamente común citar jurisprudencia del TEDH en las alegaciones de las partes o en *amicus briefs*.

La atención del TEDH hacia conflictos en los que el factor religioso tenía una función importante ha sido habitual desde 1993, en concreto desde la sentencia *Kokkinakis*¹. Y eso ha sucedido no sólo en relación con el artículo 9 del Convenio Europeo de Derechos Humanos (en adelante CEDH), que es el que directamente tutela la libertad de pensamiento, conciencia y religión, o con el artículo 2 del Primer Protocolo (derechos de los padres sobre la orientación religiosa o filosófica de la educación de sus hijos), sino también en relación con otros artículos del Convenio, cuando las circunstancias de hecho involucraban de una u otra manera la religión o las creencias de las personas. Por ejemplo, y sobre todo, los artículos 8 (derecho al respeto de la vida privada y familiar), 10 (libertad de expresión), 11 (libertad de asociación) y 12 (derecho al matrimonio).

En paralelo a las abundantes sentencias en la materia, la doctrina jurisprudencial del TEDH en materia de libertad religiosa ha sido objeto de un creciente número de análisis académicos, desde muy diversos puntos de vista y con diferentes planteamientos críticos². Para muchos autores, entre los que se incluye quien escribe estas páginas, no todo son luces en la jurisprudencia de Estrasburgo en cuestiones relativas a la religión y las creencias. Es cierto que gran parte de las decisiones de Estrasburgo han contribuido a aumentar el grado de tutela de la libertad de religión y creencias, en su dimensión individual o colectiva. Pero a veces, y de manera no fácilmente comprensible, el TEDH —como en su día hiciera también la extinta Comisión Europea de Derechos Humanos³— adopta en materia de libertad reli-

¹ *Kokkinakis c. Grecia*, 25 mayo 1993. La sentencia se refería al derecho al proselitismo. Para un análisis pormenorizado, Vid. J. GUNN, *Adjudicating Rights of Conscience Under the European Convention on Human Rights*, en J. VAN DER VYVER & J. WITTE (EDS.), "Religious Human Rights in Global Perspective: Legal Perspectives", Boston 1996, pp. 317-330; J. MARTÍNEZ-TORRÓN, *Libertad de proselitismo en Europa. A propósito de una reciente sentencia del Tribunal europeo de derechos humanos*, en "Quaderni di diritto e politica ecclesiastica" (1994/1), pp. 59-71. Vid. también, en relación con la tutela internacional del derecho al proselitismo, N. LERNER, *Proselytism, Change of Religion, and International Human Rights*, en "Emory International Law Review" 12 (1998), pp. 477-561.

² Vid., por ejemplo, M.D. EVANS, *Religious Liberty and International Law in Europe*, Cambridge 1997; (reprinted in 2008), pp. 293-314; C. EVANS, *Freedom of Religion under the European Convention on Human Rights*, Oxford 2001; J. MARTÍNEZ-TORRÓN & R. NAVARRO-VALLS, *The Protection of Religious Freedom in the System of the Council of Europe*, en T. LINDHOLM, W.C. DURHAM & B.G. TAHZIB-LIE (EDS.), "Facilitating Freedom of Religion or Belief: A Deskbook", Leiden 2004, pp. 209-238.

³ Como es sabido, inicialmente la jurisdicción de Estrasburgo se articulaba en torno a dos órganos complementarios. Por un lado, la Comisión Europea de Derechos Humanos, que tenía competencia para declarar una demanda admisible o inadmisibile, pero no para emitir una resolución sobre el fondo (aunque, si declaraba la demanda admisible, debía emitir un informe sobre el fondo, sin valor vinculante para el Tribunal). Por otro lado, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, que sólo podía juzgar aquellos casos que la Comisión declaraba

giosa una línea interpretativa que parece estar en las antípodas de lo que cabría esperar, por ser la regla común en materia de derechos fundamentales: en lugar de llevar a cabo una interpretación extensiva del contenido del derecho y una interpretación restrictiva de sus límites legítimos, ha invertido los términos del razonamiento, a veces incluso interpretando el contenido de la libertad de pensamiento, conciencia y religión de manera tan restringida que incluso ha obviado la necesidad de justificar limitaciones a esa libertad —si se niega que un determinado tipo de conducta no está protegido por el art. 9.1 CEDH, ya no es preciso justificar que las restricciones o sanciones a esa conducta sean “necesarias en una sociedad democrática” bajo el dictado del art. 9.2 CEDH—.

Las objeciones de conciencia constituyen una de las áreas donde más cabe observar esa actitud del Tribunal, que no sólo es discutible sino, a juicio de muchos, muy desacertada. Enseguida explicaré la raíz de la argumentación del TEDH en esos casos, y me referiré a algunas sentencias particularmente significativas. Antes, sin embargo, debo realizar algunas consideraciones preliminares que permitan entender la perspectiva crítica desde la que escribo estas páginas⁴.

2. ALGUNAS CLAVES PARA EL TRATAMIENTO JURÍDICO DE LAS OBJECIONES DE CONCIENCIA

2.1. Noción de objeción de conciencia

La determinación del concepto mismo de objeción de conciencia no está exenta de problemas, como lo muestra su sentido no unívoco en la doctrina jurídica. Aquí adoptaré un punto de vista amplio, entendiendo por objeción de conciencia la negativa del individuo, por motivos de conciencia, a someterse a una conducta que en principio sería jurídicamente exigible —ya provenga la obligación directamente de la norma, ya de un contrato, ya de un mandato judicial o resolución administrativa—. Lo importante, en todo caso, es advertir que en esa noción de objeción de conciencia se encuentran implícitas dos características que no pueden dejar de influir en su tratamiento jurídico, cuando se intenta una regulación de este fenómeno social desde la perspectiva de la máxima protección posible de los derechos fundamentales.

La primera de ellas es que el objetor se encuentra ante un grave conflicto interior⁵: o se somete a la norma jurídica, o bien a la norma ética que invoca su propia conciencia individual y que se le presenta con carácter de ley suprema. La consecuencia inmediata es que existe una importante carga moral sobre esas personas, abocadas a elegir entre hacer caso a la ley o a su conciencia. La segunda característica es la enorme variedad posible de objeciones de conciencia. Es decir, su permanente imprevisibilidad, que aumenta a medida que es mayor el plura-

admisibles. El sistema cambió con el Protocolo nº 11 al CEDH, que entró en vigor en noviembre de 1998 y modificó aspectos importantes del procedimiento y la estructura de la jurisdicción de Estrasburgo —incluida la eliminación de la Comisión—, garantizando el derecho de acceso directo de los ciudadanos al Tribunal. Desde entonces, es el propio Tribunal quien admite o inadmite las demandas (o ‘solicitudes’), además de su competencia para emitir sentencias sobre el fondo.

⁴ Para una exposición más pormenorizada de estas ideas, me remito a R. NAVARRO-VALLS & J. MARTÍNEZ-TORRÓN, *Conflictos entre conciencia y ley. Las objeciones de conciencia* (2ª ed.), Madrid 2012, especialmente caps. 1 y 2.

⁵ Vid., por ejemplo, J.M. MARTÍ SÁNCHEZ, *La objeción de conciencia: visión de conjunto*, en “Anuario de Derecho Eclesiástico del Estado” 15 (1999), pp. 41-44.

lismo religioso e ideológico de una sociedad⁶; y también a medida que se produce una intervención del legislador en nuevos ámbitos. De ahí la dificultad de su regulación estrictamente en el plano legislativo, que sólo sería eficaz, en el mejor de los casos, respecto a los casos de objeción que hayan adquirido una cierta extensión social. Y de ahí también la necesidad de un tratamiento predominantemente jurisprudencial de los problemas de objeción de conciencia, hayan sido abordados o no de manera específica por la legislación.

2.2. Dos planteamientos fundamentales

Aun a riesgo de simplificar un tema tan complejo, puede afirmarse que hay dos planteamientos fundamentales respecto a cómo debe abordarse el tratamiento jurídico de las objeciones de conciencia: el legalismo y el equilibrio de intereses.

La perspectiva legalista parte de un doble presupuesto: el legislador siempre tiene razón, y el núcleo del ordenamiento jurídico se reduce a la ley. Por decirlo en palabras de un jurista italiano, su postulado central es que “la ley es todo el derecho y la ley es toda derecho”⁷. Desde ese prisma, cualquier conflicto entre ley y conciencia ha de resolverse siempre en favor de la primera. Lo contrario implicaría el riesgo de inseguridad jurídica, de ‘pulverización’ del orden jurídico, en la medida en que las normas generales estarían a expensas de las opciones —imprevisibles, y no siempre razonables— de cada conciencia individual. La libertad religiosa y de conciencia sólo protegería contra aquellas leyes que fueran dirigidas a restringir la religión en general, o bien alguna religión o creencias en particular. Pero, si se trata de una ley ‘neutral’, es decir, de una ley que persigue objetivos seculares legítimos, las excepciones al cumplimiento de las obligaciones legales que impone sólo pueden ser concedidas por la propia ley. En otras palabras, la objeción de conciencia a un imperativo legal sólo sería legítimamente esgrimible a través de la *interpositio legislatoris*: cuando fuera expresamente admitida por el legislador.

El planteamiento del equilibrio o ponderación de intereses, por el contrario, procede originariamente —y no parece mera casualidad— de una concepción del derecho más libre de los prejuicios del positivismo legalista; en concreto, de un derecho jurisprudencial como el norteamericano⁸. Su centro de gravedad no es tanto la intangibilidad de la legislación formal cuanto la búsqueda del mayor grado de protección posible para la libertad de religión, de pensamiento y de conciencia. De ahí que la objeción de conciencia no se considere como una excepción tolerada a la regla general que —según la mitología positivista— absorbería en sí misma todo el contenido de la justicia. Al contrario, en la medida en que la libertad de conciencia es un valor constitucional en sí misma —y por tanto una regla, no una excepción a la regla— reclama “un reconocimiento fisiológico, no traumático de la objeción de conciencia”⁹. La objeción, por ello, no es contemplada con desconfianza, como una actitud evasiva respecto al orden jurídico, sino que es analizada, al hilo de su conflicto con otros intere-

⁶ Para un interesante y documentado estudio de esta materia en un país que es paradigma de pluralismo religioso, como Estados Unidos, *Vid.* R. PALOMINO, *Las objeciones de conciencia. Conflictos entre conciencia y ley en el derecho norteamericano*, Madrid 1994.

⁷ La expresión es de L. LOMBARDI VALLAURI, y aparece citada en F. D’AGOSTINO, *Accoglienza alla vita in una epoca di secolarizzazione*, en la obra *Diritto e secolarizzazione*, Milano 1982, p. 44.

⁸ *Cfr.* entre la bibliografía española de los últimos años, J.I. RUBIO LÓPEZ, *La primera de las libertades. La libertad religiosa en EE.UU. durante la corte Rehnquist (1986-2005): una libertad en tensión*, Pamplona 2006, especialmente pp. 246-273.

⁹ R. BERTOLINO, *L’obiezione di coscienza ‘moderna’. Per una fondazione costituzionale del diritto di obiezione*, Torino 1994, p. 93.

ses jurídicos representados por la ley, como resultado de una actitud que “trata de ver afirmados grandes ideales en ‘pequeñas’ situaciones”¹⁰.

De lo indicado hasta ahora puede inferirse, con razón, que mi posición es favorable al equilibrio de intereses. Entre otras causas, porque se fundamenta en un análisis mucho más preciso —más realista— de los hechos. En efecto, el legalismo se basa, conscientemente o no, sobre cierta distorsión de la realidad.

En primer lugar, las leyes llamadas habitualmente ‘neutrales’ no son tan neutrales¹¹. Aunque persiga de suyo un fin secular legítimo, toda norma tiene un fundamento ético más o menos visible, y más o menos próximo según los casos. Normalmente, ese fundamento ético de la norma corresponde a una serie de valores aceptados mayoritariamente en una sociedad determinada. Por ello, de ordinario, la norma no entrará en conflicto con la conciencia de la mayoría de la población, pero no sería extraño que sí chocara con la conciencia de opciones religiosas o ideológicas minoritarias. En otras palabras, la ley neutral va dirigida a realizar, y a preservar, valores éticos socialmente admitidos como valores cívicos, que frecuentemente tienen un origen religioso. Descartar a priori, sin más, la posibilidad de argüir objeción de conciencia contra esa norma implica, de hecho, una potencial discriminación contra las minorías religiosas que no comparten esos valores¹².

En segundo lugar, la idea del automático predominio de la ley neutral sobre la libertad de conciencia se basa sobre un análisis equivocado de los intereses jurídicos que se hallan en juego. En síntesis, el análisis legalista discurriría por este cauce: la libre conciencia es un interés desde luego legítimo, pero individual o privado; por tanto, debe ceder ante el interés público representado por la ley. Ese análisis, como digo, es inexacto. Primero, porque la libertad de conciencia no es meramente un interés individual o privado. Desde la perspectiva del Estado, la libertad de conciencia es un derecho fundamental, y su protección constituye por ello un interés público del máximo rango. Por otra parte, en los casos de objeción de conciencia lo que está en juego realmente no es el interés público representado por la ley, pues el objetor normalmente no pretende que la ley sea derogada, sino solamente ser eximido de su cumplimiento. De manera que el verdadero interés público en conflicto sería aquel que consiste en mantener la aplicación sin fisuras de una norma legal, al cien por cien, sin exención alguna. Vistas así las cosas, ya no se trata de interés privado versus interés público, sino de dos intereses públicos en confrontación; y uno de ellos de la máxima categoría, al provenir del ejercicio de un derecho constitucional, incluido también universalmente en los documentos internacionales de protección de derechos humanos.

En tercer lugar, atribuir al sistema del equilibrio de intereses el riesgo de ‘pulverización’ del orden jurídico no deja de ser, en el mejor de los casos, una notable exageración. No se trata de defender una primacía automática de la objeción de conciencia, de signo opuesto a la primacía automática de la ley neutral. Como todo derecho fundamental, el ejercicio de la libertad de conciencia tiene sus límites, que en el concreto caso del ordenamiento español, están especificados en el artículo 16 de la Constitución, en el artículo 3.1 de la Ley Orgánica de Libertad Religiosa, y en el artículo 9.2 del Convenio Europeo de Derechos Humanos. De lo que se trata es de analizar con precisión los intereses jurídicos en conflicto para determinar, *ad casum*, cuál de ellos debe prevalecer. Por muy neutral que una norma legal aparezca *prima facie*, su imposición contra los dictados de la libre conciencia es una restricción de un

¹⁰ *Ibid.*, p. 35.

¹¹ Me remito, para una explicación más amplia de esta idea, a J. MARTÍNEZ-TORRÓN, *Religión, derecho y sociedad*, Granada 1999, pp. 225 ss.

¹² Cfr. A. OLLERO TASSARA, *Derechos humanos y metodología jurídica*, Madrid 1989, p. 199.

derecho fundamental. Y recuérdese que, según el propio art. 9.2 del Convenio Europeo, sólo son legítimas aquellas restricciones de la libertad de pensamiento, de conciencia y de religión que, estando “previstas por la ley”, pueden considerarse “medidas necesarias en una sociedad democrática”. Es decir, aquellas medidas que —según la jurisprudencia del Tribunal de Estrasburgo— responden a una “necesidad social imperiosa”¹³.

En última instancia, lo que persigue el procedimiento del equilibrio o ponderación de intereses es obligar al Estado a justificar cumplidamente que resulta *necesaria* la aplicación sin quiebra de una ley, sin exención alguna posible para quienes alegan el derecho fundamental a la libertad de conciencia.

3. LA INSUFICIENTE PROTECCIÓN DE LA LIBERTAD DE CONCIENCIA EN ESTRASBURGO

Veamos ahora cómo ha enfocado el Tribunal de Estrasburgo el análisis jurídico de los conflictos entre conciencia y ley, y por qué puede afirmarse que tradicionalmente ha tutelado de manera más deficiente la libertad de conciencia individual, en comparación con otros aspectos más ‘estandarizados’ de la libertad religiosa, sobre todo su dimensión colectiva¹⁴.

3.1. El significado del término *práctica* en el Convenio Europeo

El problema arranca de la interpretación dada por el TEDH a la terminología utilizada por el Convenio Europeo de Derechos Humanos, así como por la mayoría de los textos internacionales, al describir el contenido y los aspectos protegibles de la libertad de religión y de creencia. Concretamente, el artículo 9.1 CEDH menciona el derecho a manifestar la propia religión o creencia mediante el culto, la enseñanza, la práctica y la observancia.

Si dirigimos nuestra atención hacia el término *práctica*, la interpretación más natural apunta a que el artículo 9 CEDH garantiza el derecho de los ciudadanos a comportarse de acuerdo con las prohibiciones y los mandatos de su propia conciencia. No parece adecuado interpretar el término *práctica* como la mera práctica de los ritos, pues la dimensión ritual de la libertad religiosa ya es aludida por otras palabras utilizadas por el artículo 9, en particular los términos *culto* y *observancia*¹⁵. Esa garantía debería ser otorgada independientemente de que la propia conciencia obedezca a los principios de una religión institucionalizada o bien derive de creencias estrictamente personales; y, paralelamente, sin que importe si la conciencia individual está fundada en creencias religiosas o no religiosas. Esta interpretación extensiva de los derechos de la conciencia individual es la que ha sido propuesta por el Comentario General del Comité de Derechos Humanos acerca del artículo 18 del Pacto Inter-

¹³ Esta doctrina ha sido reiterada en numerosas ocasiones por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos desde el caso *Handyside c. Reino Unido*, 7 diciembre 1976 (*Vid.* sobre todo §49). Con especial referencia a la libertad religiosa, *Vid.* la sentencia *Kokkinakis c. Grecia*, 25 mayo 1993 (§47). Me remito, para este tema, a J. MARTÍNEZ-TORRÓN, *Los límites a la libertad de religión y de creencia en el Convenio Europeo de Derechos Humanos*, en “Revista General de Derecho Canónico y Derecho Eclesiástico del Estado” 2 (2003), p. 14.

¹⁴ Me he ocupado recientemente de esta cuestión en J. MARTÍNEZ-TORRÓN, *The (un)protection of religious individual identity in the Strasbourg case law*, en “Oxford Journal of Law and Religion” 1 (2012), pp. 1-25.

¹⁵ La versión francesa del artículo 9 CEDH es aún más clara respecto a esta distinción entre práctica moral y prácticas rituales, pues se refiere explícitamente a “le culte, l'enseignement, les pratiques et l'accomplissement des rites”.

nacional de Derechos Civiles y Políticos adoptado por las Naciones Unidas en 1966, y que expresivamente ha sido calificado como “interpretación auténtica” de dicho artículo¹⁶.

Sin embargo, la actitud del Tribunal Europeo —y de la Comisión Europea antes que él— ha sido ciertamente muy distinta en relación con el artículo 9 CEDH¹⁷, sobre la base de la interpretación que ha llevado a cabo de la protección relativa de la libertad individual para comportarse con arreglo a los dictados de su propia conciencia (*forum externum*), por oposición a la protección absoluta que se garantiza a la libertad de la persona para elegir la propia religión o creencias (*forum internum*)¹⁸. A mi juicio, la solución propuesta por la jurisdicción de Estrasburgo no es la más apropiada. Su planteamiento ha consistido fundamentalmente en trazar una línea de separación entre los conceptos de *manifestación* y *motivación*. El Convenio Europeo no garantizaría necesariamente el derecho a seguir toda clase de comportamiento externo adaptado a las propias creencias. Dicho de otra manera, el término *práctica* no incluye todo acto motivado o influenciado por una religión o creencia¹⁹.

3.2. Leyes ‘neutrales’ y obligaciones morales: la restricción indirecta de la libertad religiosa

Tal planteamiento parece razonable en abstracto, pues el comportamiento *obligado* en conciencia, que es el que parece tomar en cuenta el artículo 9 CEDH, es diferente del comportamiento simplemente *permitido* por la conciencia. Sin embargo, lo cierto es que la jurisprudencia de Estrasburgo se ha inclinado, en su aplicación a casos concretos, hacia una interpretación notablemente restrictiva de la libertad de conciencia individual, con una visible proclividad a considerar que la tutela del artículo 9 CEDH no se extiende al comportamiento individual impuesto por la propia conciencia, especialmente cuando una persona intenta ajustar su conducta a lo que entiende son sus deberes morales pero su comportamiento no consiste en enseñanza o proselitismo religioso, ni se corresponde directamente con prácticas rituales determinadas.

A este propósito, la jurisprudencia de Estrasburgo ha trazado a veces implícitamente una distinción entre las actuaciones del Estado que tienen un impacto *directo* o *indirecto* en el ejercicio de la libertad de conciencia.

¹⁶ Cfr. F. MARGIOTTA BROGLIO, *Il contenuto e l'espressione della libertà religiosa nelle convenzioni internazionali*, en “La libertad religiosa. Memoria del IX Congreso Internacional de Derecho Canónico”, México 1996, p. 424. El Comentario General sobre el artículo 18 fue adoptado por el Comité el 20 de julio de 1993. Un análisis de su texto puede verse en B.G. TAHZIB, *Freedom of Religion or Belief: Ensuring Effective International Legal Protection*, The Hague 1996, pp. 307-75.

¹⁷ Vid. M.D. EVANS, *Religious liberty...*, cit. en la nota 2, pp. 293-314.

¹⁸ Dec. Adm. 10358/83, *Decisions and Reports* 37, p. 147, en la que la Comisión utiliza la expresión “forum internum”. La misma doctrina es reiterada en Dec. Adm. 10678/83, *Decisions and Reports* 39, p. 268, y Dec. Adm. 14049/88. Vid. también Rep. Com. 11581/85 (caso *Darby*), n. 44. El Tribunal, siguiendo el planteamiento de la Comisión, ha aludido posteriormente a esta doble dimensión de la libertad religiosa, y ha subrayado que los límites enumerados en el artículo 9.2 son aplicables únicamente a la libertad de *manifestar* la propia religión o creencias, pero no a la libertad de *elegir* la propia religión o creencias (*Kokkinakis c. Grecia*, 25 mayo 1993, §§31 y 33).

¹⁹ Esta doctrina ha sido reiteradamente expresada por la Comisión a partir del caso *Arrowsmith*, en relación con un pacifista británico, sentenciado a prisión por haber distribuido panfletos ilegales entre los soldados ingleses destinados en Irlanda del Norte (Vid. Rep. Com. 7050/75, *Decisions and Reports* 19, pp. 19-20). Posteriormente, ha sido asumida implícitamente por el Tribunal: Vid., por ejemplo, *Kalaç c. Turquía*, 1 julio 1997, §27 (jubilación forzosa de un oficial del Ejército por defender supuestamente opiniones fundamentalistas islámicas); *Hasan and Chaush v. Bulgaria*, 26 octubre 2000, §60 (disensiones internas sobre el liderazgo religioso en una comunidad musulmana).

Desde esa perspectiva, el TEDH ha afirmado que el CEDH protege frente a acciones del Estado que estén *directamente* encaminadas a restringir la manifestación, el culto o la expansión de algunas o de todas las religiones. En tales casos, el Convenio Europeo exige que el Estado justifique su injerencia en la libertad religiosa y de creencias de acuerdo con lo dispuesto en el art. 9.2 CEDH, demostrando que las medidas restrictivas de la libertad son “necesarias en una sociedad democrática”. Ese fue precisamente el planteamiento del Tribunal cuando falló a favor del demandante en el caso *Kokkinakis*²⁰, ya que los tribunales griegos, sobre la base de las leyes nacionales contra el proselitismo religioso, habían condenado a un Testigo de Jehová sin suficientes pruebas de que había realizado un ‘proselitismo abusivo’, es decir, aquel que trata de convertir a personas a una religión recurriendo a medios abusivos o fraudulentos. Para el TEDH, aplicar indiscriminadamente la legislación anti-proselitismo equivalía a restringir injustificadamente la libertad de manifestar la propia religión o creencias mediante la enseñanza. Algo similar sucedía en el caso *Buscarini*²¹, en el que el TEDH afirmó que exigir a los miembros electos del Parlamento que prestaran juramento de fidelidad a la Constitución sobre los Evangelios, bajo pena de perder sus escaños, era incompatible con el art. 9.1. CEDH, el cual “implica, entre otras cosas, la libertad de tener o no tener convicciones religiosas y de practicar o no practicar una religión”. En opinión del Tribunal, el requisito de un juramento religioso para ser investido de un cargo estatal no podía ser considerado “necesario en una sociedad democrática”, pues suponía imponer a los demandantes la obligación de declarar su creencia en una religión que no era la suya.

Por el contrario, la actitud de la jurisdicción de Estrasburgo ha sido muy diferente en relación con aquellas injerencias en la libertad de conciencia que son consecuencia de una ley ‘neutral’ que persigue una finalidad secular legítima. Aunque las leyes neutrales, por definición, no tienen por objeto limitar el ejercicio de una determinada religión o creencia, en la práctica pueden surgir problemas cuando los deberes legales impuestos por esas leyes entran en conflicto con las obligaciones morales de algunas personas, las cuales ven cómo su derecho a la libre práctica de la religión o creencia resulta *indirectamente* pero inevitablemente restringido. Éste es el caso, precisamente, de las diversas situaciones de objeción de conciencia. La consecuencia inmediata es que se echa una importante carga moral sobre los hombros de esas personas, que se ven abocadas a elegir entre desobedecer a la ley o desobedecer a su conciencia: lo primero recibe un castigo material; lo segundo implica una sanción espiritual.

En esta clase de situaciones, el TEDH, siguiendo una previa doctrina de la Comisión, se ha inclinado en el pasado, con frecuencia, por negar que el artículo 9 CEDH ofrezca protección alguna, haciendo notar que, en realidad, no se ha producido ninguna injerencia del Estado en la libertad religiosa o de creencia de las personas. Su argumentación, en síntesis, se fundamentaría en que no es necesario dictaminar si el Estado está imponiendo una limitación legítima a la libertad de pensamiento conciencia y religión, porque en rigor esa libertad no ha sido objeto de restricción alguna.

Sería quizá inexacto, y desde luego prematuro, afirmar que el Tribunal Europeo ha elaborado una doctrina definida, y consolidada, en materia de conflictos entre leyes ‘neutrales’ y libertad de conciencia individual. Pero pueden observarse algunas trazas del razonamiento antes descrito en algunas importantes sentencias, junto con otros pronunciamientos recientes más sensibles hacia la libertad de conciencia.

²⁰ Se enjuiciaba la legitimidad de la prohibición constitucional y legislativa del proselitismo religioso en Grecia, lo cual afectaba sobre todo a las religiones distintas de la ortodoxa griega. *Vid. supra*, nota 1.

²¹ *Buscarini et al. v. San Marino*, 18 February 1999.

4. LAS PRINCIPALES SENTENCIAS DEL TEDH

4.1. Objeciones a contenidos o prácticas educativos: *Kjeldsen* y sus secuelas

La primera de las sentencias importantes de la jurisdicción de Estrasburgo en esta materia es *Kjeldsen*, en 1976, centrada en la interpretación del artículo 2 del Primer Protocolo al CEDH (derecho a la educación, y derecho de los padres sobre la orientación religiosa de la educación de sus hijos)²². El caso se refería a la implantación de un nuevo sistema de educación sexual en los colegios públicos, con el declarado propósito de prevenir embarazos no deseados entre las adolescentes. Algunos padres alegaron, sin éxito, objeción de conciencia a esa enseñanza: no por que se opusieran a la educación sexual, sino porque le atribuían tanta importancia, y con tantas implicaciones morales, que la consideraban de la exclusiva competencia de los padres, y no del colegio.

El Tribunal, no obstante, falló a favor del Estado, sobre la base de una interpretación restrictiva de los derechos de los padres en relación con la educación de sus hijos. En síntesis, el TEDH afirmaba que el Estado era libre para organizar el sistema educativo, y particularmente los planes de estudio de los colegios públicos, aun cuando ello supusiera no respetar, de hecho, las convicciones religiosas o filosóficas de los padres. El hecho de que algunos padres tuvieran serias objeciones, por motivos de conciencia, a algunos contenidos del currículo escolar nos les concedía ningún derecho a reclamar del Estado una exención de esos contenidos para sus hijos. La discrecionalidad del Estado para diseñar y aplicar el sistema educativo sólo quedaba limitada por la prohibición del *adoctrinamiento* religioso o moral de los alumnos contra los deseos de los padres: este era el único límite que no podía ser traspasado²³.

Esa restrictiva interpretación de los derechos que el CEDH garantiza a los padres fue enérgicamente rebatida por uno de los jueces del Tribunal en un voto discrepante²⁴, haciendo notar que no existen indicios de que el art. 2 PCEDH prohíba exclusivamente el fin de adoctrinamiento en la actividad educativa estatal. Al contrario, de una manera general ese artículo exige que el Estado respete las convicciones de los padres, sin la menor referencia a la finalidad perseguida por la organización pública del sistema de enseñanza. En consecuencia —concluía— el Tribunal debería haberse limitado a constatar si la legislación impugnada iba contra las creencias de los demandantes (y en caso afirmativo, me permito añadir, debería haber comprobado si una tal limitación de los derechos de los padres podía considerarse legítima, aplicando por analogía el art. 9.2 CEDH).

De hecho, pocos años más tarde, en la sentencia *Campbell y Cosans* (1982)²⁵, el TEDH propondría una interpretación más amplia de los derechos de los padres sobre la orientación religiosa y filosófica de la educación de sus hijos, en un caso en que la objeción de los padres se refería a métodos educativos y no a contenidos curriculares. La demanda había sido

²² *Kjeldsen, Busk Madsen and Pedersen c. Dinamarca*, 7 diciembre 1976. *Kjeldsen* fue el primer caso decidido por el Tribunal en el que estaban implicadas las creencias religiosas del solicitante, y el único hasta *Kokkinakis* en 1993. Vid., para un análisis pormenorizado de esa sentencia, L. MARTÍN-RETORTILLO, "Los padres tendrán derecho preferente a escoger el tipo de educación que habrá de darse a sus hijos" (*Un estudio de jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos*), en "Anales" de la Real Academia de Jurisprudencia y Legislación 37 (2007), pp. 305 ss.; R. NAVARRO-VALLS & J. MARTÍNEZ-TORRÓN, *Conflictos entre conciencia y ley...*, cit. en nota 4, pp. 253-255. See also M.D. EVANS, *Religious Liberty...*, cit. en nota 2, pp. 342-343 y 355-356; C. EVANS, *Freedom of Religion...*, cit. en nota 2, pp. 90-93.

²³ Vid. *Kjeldsen*, §53.

²⁴ Se trataba del Juez Alfred Verdross, un prestigioso Profesor de Derecho Internacional austríaco.

²⁵ *Campbell y Cosans c. Reino Unido*, 25 febrero 1982. Vid. L. MARTÍN-RETORTILLO, "Los padres tendrán derecho preferente...", cit. en nota 22, pp. 312 ss.

introducida por dos madres que se oponían a que sus hijos fueran sancionados con ciertos castigos físicos, entonces de uso común como medida disciplinaria en muchas escuelas públicas escocesas. En concreto, las faltas de disciplina de los alumnos solían castigarse a menudo con algunos golpes en la palma de la mano con una correa de cuero llamada *tawse*.

El TEDH partía de la base de que las convicciones de las madres demandantes podían calificarse como “filosóficas” a los efectos del art. 2 del Primer Protocolo, pues “se relacionan con un aspecto serio e importante de la vida y de la conducta del ser humano”²⁶. Desde ahí, la sentencia acertadamente concebía de manera amplia los deberes asumidos por el Estado en el ámbito de la organización del sistema educativo. En efecto, aunque el empleo de castigos corporales difícilmente podría ser calificado como ‘adoctrinamiento’, en el sentido de la sentencia *Kjeldsen*, el Tribunal aceptaba que el CEDH obliga al Estado a respetar las convicciones de los padres en esa materia. Su argumentación giraba en torno a la idea de que el art. 2 del Primer Protocolo extiende los deberes del Estado al entero proceso educativo —a “todas y cada una” de las funciones que asume en relación con la educación— y no sólo a aquellas de sus partes que consisten estrictamente en la transmisión de información o conocimientos. Y, al mismo tiempo, el Tribunal insistía en que la obligación del Estado de *respetar* las convicciones de los padres debía entenderse en su pleno sentido. Especificaba el TEDH que el significado del término “respetar” va más allá de expresiones como “reconocer” o “tener en cuenta”; y que, “además de responsabilidades primordialmente negativas, implica algunas obligaciones positivas por parte del Estado”²⁷.

Lo cierto es que la amplitud de miras de la sentencia *Campbell y Cosans* respecto a los derechos de los padres no parece haber tenido apenas influencia posterior en la jurisprudencia del Tribunal de Estrasburgo. Así, en los casos *Folgerø* y *Zengin* (2007)²⁸, el TEDH retornaba a la interpretación restrictiva de los derechos de los padres efectuada por la sentencia *Kjeldsen*. Esas dos decisiones abordaban un problema análogo: situaciones en que los padres se oponían a las clases de educación religiosa obligatoria impartida a sus hijos en colegios públicos, en Noruega y en Turquía, respectivamente. En ambos casos el Estado alegaba que se trataba de una enseñanza neutral sobre el hecho religioso, pero los demandantes negaban la neutralidad del sistema, al tiempo que afirmaban que sus hijos eran sometidos a un adoctrinamiento en contra de sus convicciones religiosas (*Zengin*) o filosóficas (*Folgerø*).

El TEDH daría la razón a los demandantes, pero con sentencias que se mostraban tributarias de la sentencia *Kjeldsen* en lo que se refiere a reducir las obligaciones del Estado bajo el art. 2 del Primer Protocolo a una prohibición de adoctrinamiento religioso o moral. Pese a todo, esas dos sentencias son más rigurosas en la aplicación de los criterios que permiten dictaminar si la actuación del Estado es verdaderamente neutral, es decir, si la enseñanza impugnada es impartida de una manera “objetiva, crítica y pluralista”. De ahí que, tanto en el caso noruego como en el turco, el TEDH concluyera que la enseñanza religiosa en cuestión no era verdaderamente neutral²⁹. Al mismo tiempo, añadía que las previsiones de dis-

²⁶ *Campbell y Cosans*, §36.

²⁷ *Ibid.*, §37.

²⁸ *Folgerø c. Noruega*, 29 junio 2007, y *Zengin c. Turquía*, 9 octubre 2007. Análisis pormenorizados de esas sentencias, tanto en lo relativo a los hechos como a sus fundamentos jurídicos, pueden encontrarse en M.A. JUSDADO & S. CAÑAMARES, *La objeción de conciencia en el ámbito educativo*; y J. MARTÍNEZ-TORRÓN, *La objeción de conciencia a la enseñanza religiosa y moral en la reciente jurisprudencia de Estrasburgo*, ambos en “Revista General de Derecho Canónico y Derecho Eclesiástico del Estado”, 15 (2007).

²⁹ Hay un matiz de las sentencias, no obstante, que marca importantes diferencias entre ellas. En *Folgerø*, la sentencia fue adoptada por la *Grand Chamber*, y por un solo voto de diferencia: nueve contra ocho. En *Zengin*, se trataba de una sentencia de sala adoptada unánimemente por siete jueces. Lo cual permite inferir que la falta de neutralidad de la enseñanza religiosa era mucho más clara en el caso de Turquía que en el de Noruega.

pensa o exención de los alumnos son un factor a tener en cuenta a la hora de evaluar la neutralidad en la educación, sobre todo en aquellas materias más propicias para situaciones de adoctrinamiento, como es el caso de las asignaturas que proporcionan información sobre las religiones. Y afirmaba también que el Estado debe poner “el mayor cuidado” en respetar de manera efectiva las convicciones religiosas o filosóficas de los padres, no sólo mediante un apropiado diseño general de los currículos, sino también controlando que no se producen abusos prácticos por negligencia o trivialidad³⁰.

Ya antes, en dos sentencias de 1996, *Efstratiou y Valsamis*³¹, el TEDH había mantenido, aunque de modo algo ambiguo, la doctrina de la no protegibilidad de la libertad de conciencia frente a las leyes neutrales, en el concreto ámbito de la educación. Se trataba de dos sentencias gemelas, que decidieron las solicitudes de dos alumnos griegos de educación secundaria, ambos miembros de los testigos de Jehová, los cuales habían rehusado, por motivos religiosos, participar en los desfiles escolares organizados en el día de fiesta nacional para conmemorar la declaración de guerra entre Grecia y la Italia fascista, en 1940. Los solicitantes aducían que su conciencia les prohibía estar presentes en una celebración cívica en la que se conmemoraba una guerra, y en la que tomaban parte autoridades militares y eclesiásticas. A los dos estudiantes se les denegó el permiso para ausentarse del desfile, y su inasistencia fue sancionada con la suspensión de un día de colegio.

El Tribunal Europeo dio la razón al gobierno griego y sostuvo la legitimidad de la sanción, afirmando que “no puede discernir nada, ni en la finalidad del desfile ni en sus preparativos, que pueda ofender las convicciones pacifistas de los demandantes”³². Y añadía una referencia al informe emitido por la antigua Comisión Europea sobre estas demandas³³: “el artículo 9 [libertad de pensamiento, conciencia y religión] no confiere el derecho a la exención de normas disciplinarias que se aplican de manera general y neutral”, con la consecuencia de que tales normas no constituyen injerencia alguna en el derecho de libertad religiosa cuando producen un conflicto de deberes en la conciencia del individuo³⁴.

Ciertamente, el TEDH ni aprobaba ni desaprobaba esa interpretación del artículo 9 CEDH realizada por la Comisión, pero su mera cita en la sentencia podría ser reveladora de un *status mentis* más o menos favorable a la misma. En todo caso, vale la pena señalar que tal interpretación viene a invertir el orden lógico de los conceptos en esta materia. Es universalmente aceptado que los derechos humanos reclaman una interpretación extensiva. Por consiguiente, cuando se trata de precisar el exacto significado de la libertad de manifestar la propia religión o creencia mediante la “práctica”, parece que debería abordarse la cuestión en una doble secuencia, de la siguiente manera. Primero, debe entenderse que la libertad de manifestar la propia religión o creencia protege, en principio, todo acto de la persona cuando obedece los dictados de su conciencia. Segundo, el párrafo 2º del artículo 9 CEDH —los límites de la libertad religiosa— ha de ser utilizado, en caso necesario, como elemento correctivo para una libertad que, por su naturaleza, tiende a ser ejercida de manera indefinida e impredecible.

Así, se logra conciliar dos intereses de la mayor trascendencia que están inclinados a entrar en conflicto entre sí: el máximo grado de protección inicial de la libertad de creencia, y la seguridad que reclama el ordenamiento jurídico. Y además, se introduce otro importante

³⁰ Vid. Zengin, §53.

³¹ *Efstratiou c. Grecia, y Valsamis v. Greece*, ambas de 18 diciembre 1996. El texto de ambas sentencias es casi idéntico, como lo eran los hechos en los dos casos.

³² *Efstratiou*, §32 y *Valsamis*, §§31.

³³ En aquel momento la Comisión Europea de Derechos Humanos todavía estaba en funcionamiento: Vid. *supra*, nota 3.

³⁴ Vid. *Efstratiou*, §37 y *Valsamis*, §§36.

elemento que actúa como punto de partida: el sobre el Estado sobre quien recae la carga de probar la necesidad de una medida restrictiva. Es decir, el Estado debe probar positivamente que, en un concreto caso de conflicto, es necesario, “en una sociedad democrática”, restringir el ejercicio de la libertad religiosa. Este modo de razonar sirve, por otro lado, para obstaculizar el desarrollo de políticas que ignoran las exigencias de la libertad religiosa y que resultan especialmente perjudiciales para los grupos minoritarios, y en general para personas y grupos de convicciones firmes.

4.2. Las decisiones en materia de símbolos religiosos personales

El argumento de la neutralidad religiosa del Estado ha sido también utilizado por el TEDH, en un sentido diferente, para justificar restricciones a la libertad religiosa de las personas, concretamente en materia de simbología religiosa personal³⁵. En estas ocasiones, no se trataba tanto de la neutralidad de la ley, sino de la neutralidad del Estado y del espacio público. Considerar que la neutralidad del Estado es un requisito de la tutela de la libertad religiosa parece razonable, sobre todo cuando la neutralidad se concibe como imparcialidad, y como incompetencia del Estado para juzgar la verdad o falsedad de doctrinas religiosas o análogas. Sin embargo, parece mucho menos razonable cuando el Tribunal se inclina por aceptar una noción de neutralidad que sirve para justificar que se prohíban expresiones personales de creencias religiosas en público, en particular en el ámbito de la enseñanza; prohibiciones que, curiosamente, son adoptadas en nombre de la paz y la tolerancia³⁶.

Podemos ver algunas manifestaciones de esta tendencia del TEDH en varias decisiones de este comienzo de siglo.

En 2001, en el caso *Dahlab*³⁷, el TEDH declaró inadmisibile la demanda de una profesora suiza de una escuela pública primaria, conversa al Islam, a la cual se había prohibido cubrir su cabeza con el velo que ella consideraba preceptivo por razones religiosas, en aplicación de una ley cantonal dirigida a preservar el carácter laico de las escuelas públicas. El Tribunal reconoció que la prohibición suponía una restricción de la libertad religiosa de la demandante, pero aceptó el razonamiento del gobierno suizo respecto a la necesidad de esa restricción, compartiendo su percepción respecto a la importancia y consecuencias de la

³⁵ No me detendré aquí a considerar las dos sentencias (de sala y de Gran Sala) dictadas por el TEDH en el caso *Lautsi c. Italia* (3 noviembre 2009 y 18 marzo 2011), que trataban sobre la legitimidad de la ley italiana que impone la presencia de un crucifijo en las aulas de los colegios públicos. Aunque la cuestión puede enfocarse desde la perspectiva de la objeción de conciencia, el planteamiento del TEDH consistió en que medida la neutralidad religiosa del Estado puede ser incompatible con esa clase de legislación, concluyendo que el Convenio Europeo no impone una tal incompatibilidad. La bibliografía sobre el caso *Lautsi* es abundante. Me he ocupado personalmente del tema en J. MARTÍNEZ-TORRÓN, *Símbolos religiosos institucionales, neutralidad del Estado y protección de las minorías en Europa*, en “Ius Canonicum” 54 (2014), pp. 107-144.

³⁶ Para una interesante reflexión sobre las diversas concepciones de la neutralidad del Estado, en la doctrina y en el derecho comparado, y sobre las dificultades para encontrar una definición operativa del principio de neutralidad, Vid. R. PALOMINO, *Religion and Neutrality: Myth, Principle, and Meaning*, en “Brigham Young University Law Review” 3 (2011), pp. 657-689.

³⁷ *Dahlab c. Suiza*, Dec. Adm. n. 42393/98, 15 febrero 2001. Vid. un comentario al respecto en B. RODRIGO LARA, *Minoría de edad y libertad de conciencia*, Madrid 2005, pp. 399-403; también en M. ALENDÁ, *Libertad de creencias del menor y uso de signos de identidad religioso-culturales*, en “Cursos de Derechos Humanos de Donostia-San Sebastián”, vol. 4 (2003), pp. 53 ss.; P.M. TAYLOR, *Freedom of Religion: UN and European Human Rights Law and Practice*, Cambridge, 2005, pp. 254-256; A. LORETAN & K.W. SAHLFELD, *L'Islam pone nuove sfide alla Svizzera. La Corte Europea dei Diritti Umani in due casi contro la Svizzera*, en “Quadranti di diritto e politica ecclesiastica” (3/2002), pp. 825 ss.

laicidad en la escuela como medio de protección de las creencias de los estudiantes. En aras de la tutela de los alumnos, y también de un mantenimiento escrupuloso de la 'paz religiosa' en la escuela, el personal docente debía estar dispuesto a aceptar ciertas limitaciones en la expresión de sus propias ideas religiosas. Concluía el Tribunal que la prohibición de símbolos religiosos 'ostensibles' no excedía el margen de apreciación discrecional que tienen los Estados para aplicar las restricciones a la libertad religiosa previstas por el art. 9.2 CEDH.

En mi opinión, el TEDH mostró un respeto excesivo por el margen de apreciación del Estado suizo en este caso. Por un lado, no había prueba alguna de que la 'paz religiosa' en la escuela hubiera sufrido ninguna amenaza seria durante los cinco años que la demandante había llevado su velo al cumplir con sus tareas docentes: no constaba una sola queja de padres de alumnos por razón de su indumentaria religiosa. Por otro lado, resulta un tanto discutible que la laicidad del Estado, en un país como Suiza, sin tensiones religiosas notables, requiera que los profesores eliminen los símbolos religiosos visibles de su vestimenta personal. Más bien podría pensarse que una laicidad entendida como neutralidad debería impulsar a que los estudiantes pudieran ver en su propio colegio las mismas expresiones de pluralismo religioso que encuentran en la sociedad suiza extramuros de la escuela. Es indudable que la situación de los profesores es distinta a la de los alumnos de un centro educativo, y más susceptible de limitaciones en la expresión de sus ideas religiosas o morales. Pero, mientras los profesores respeten las creencias de sus alumnos y no adopten una actitud proselitista o adoctrinadora, la visibilidad del pluralismo religioso parece más coherente con la posición de un Estado neutral, y también quizá más educativa para los alumnos, que la ausencia ficticia de creencias religiosas por parte del personal docente.

Unos años después, y sobre la base de la misma noción de neutralidad, el TEDH pronunciaba una de las sentencias más importantes hasta la fecha en materia de simbología religiosa personal: *Leyla Şahin*. El caso fue decidido en dos instancias —Sala y Gran Sala³⁸— y tuvo un notable impacto en la opinión pública, dentro y fuera de Turquía, por la atención que le prestaron los medios de comunicación, y por la reacción de la doctrina jurídica³⁹. El caso se refería a la demanda de una joven turca, estudiante de Medicina, que había sufrido las consecuencias de una normativa universitaria que prohibía a las mujeres el uso de pañuelos que cubrieran la cabeza, con el declarado objeto de restringir la 'visibilidad' del Islam en las aulas universitarias, y garantizar así el 'clima laico' de la Universidad pública. Después de diversas sanciones y de año y medio de recursos administrativos y judiciales, la estudiante terminaría por concluir sus estudios de medicina en Viena.

El TEDH aplicó de manera bastante laxa su tradicional doctrina del margen de apreciación nacional, con la consiguiente remisión a la discrecionalidad del Estado turco para aplicar restricciones a los derechos fundamentales. En este caso, reconoció la legitimidad de las políticas contrarias al uso del velo islámico, las cuales estarían justificadas por la finalidad de mantener la vigencia del principio constitucional de laicidad, que el Tribunal aceptaba como necesario en Turquía, de acuerdo con su historia, para mantener la democracia frente a la posible difu-

³⁸ *Leyla Şahin c. Turquía (Grand Chamber)*, 10 noviembre 2005, que reafirma, con razonamiento muy parecido, la previa sentencia que, el 29 de junio de 2004, había adoptado una de las salas del Tribunal. La decisión de la sala fue adoptada por unanimidad, y la de la *Grand Chamber* por dieciséis votos contra uno.

³⁹ Téngase en cuenta que en Turquía la cuestión del velo se ha convertido en un símbolo, y también en campo de batalla, de las disputas políticas entre quienes defienden el derecho de los ciudadanos a manifestar externamente su religión musulmana en público y quienes sostienen que no puede mantenerse la democracia laica en Turquía sin una firme prohibición de toda expresión visible de la religión, especialmente la islámica, en la esfera pública. Vid. al respecto Ö. DENLI, *Between Laicist State Ideology and Modern Public Religion: The Head-Cover Controversy in Contemporary Turkey*, en "Facilitating Freedom of Religion and Belief", cit. en nota 2, pp. 497-511.

sión de interpretaciones extremas del Islam. En tal sentido, esas políticas estarían justificadas, como “necesarias en una sociedad democrática”, según los términos del art. 9.2 CEDH. Además, admitía también el Tribunal el argumento del gobierno turco según el cual la prohibición de símbolos religiosos tenía por objeto generar un clima de tolerancia y evitar una presión social sobre aquellas estudiantes femeninas que no desearan llevar el velo.

No es mi intención analizar en detalle aquí esta sentencia, que ha generado muchas críticas⁴⁰. Pero sí vale la pena mencionar el que es quizá su principal punto débil: aplica la doctrina del margen de apreciación sin la suficiente base probatoria. Justificar las restricciones al uso de vestimenta religiosa por causa de la protección del orden público o de los derechos y libertades de los demás tiene, desde luego, pleno sentido en abstracto. Pero en ningún momento el gobierno turco proporcionaba pruebas de que el uso del velo islámico genere una atmósfera de intolerancia religiosa en la Universidad, o de que haya existido presión alguna sobre las estudiantes musulmanas que no llevan el velo por parte de quienes sí lo llevan o por parte de alumnos varones⁴¹. Renuncia así el Tribunal a la necesaria función supervisora que ha de realizar respecto a la “necesidad social imperiosa” de las medidas restrictivas de la libertad religiosa adoptadas por las autoridades turcas. Algo que resulta especialmente chocante cuando se considera que Turquía es el único país de Europa en prohibir el uso del velo islámico en las aulas universitarias⁴².

En realidad, el TEDH se mostró demasiado dependiente de la perspectiva del gobierno turco, para el cual permitir que los estudiantes vistieran símbolos personales islámicos en la Universidad pública comportaría un grave peligro potencial para la laicidad del Estado. El Tribunal, además, utilizaba peculiares e hipotéticos argumentos como “el impacto que llevar esa clase de símbolos, presentados o percibidos como un deber religioso, podría tener en aquellas personas que deciden no utilizarlos”⁴³. Curiosamente, el Tribunal para nada menciona ese argumento en sentido opuesto, es decir, el real impacto que la prohibición del velo de hecho tiene en quienes libremente deciden llevarlo. Ese razonamiento, en última instancia, lleva implícita una concepción de la religión predominantemente como factor potencial de conflicto. Como en *Dahlab*, el TEDH parece dar por supuesto que la neutralidad del espacio público se garantiza mejor cuando la religión está ausente o, al menos, es ‘invisible’. La consecuencia

⁴⁰ Vid., entre la bibliografía en lengua española, S. CAÑAMARES ARRIBAS, *Libertad religiosa, simbología y laicidad del Estado*, Pamplona 2005, pp. 179-180; E. RELANO & A. GARAY, *Los temores del Tribunal Europeo de Derechos Humanos al velo islámico: Leyla Şahin contra Turquía*, en “Revista General de Derecho Canónico y Derecho Eclesiástico del Estado” 12 (2006), pp. 1-32; D. GARCÍA-PARDO, *El velo islámico en la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos: el caso turco*, en A. MOTILLA (coord.), “El pañuelo islámico en Europa”, Madrid 2009, pp. 73-81; T. PRIETO ÁLVAREZ, *Libertad religiosa y espacios públicos. Laicidad, pluralismo, símbolos*, Pamplona 2010, pp. 104-106; J. MARTÍNEZ-TORRÓN, *La cuestión del velo islámico en la jurisprudencia de Estrasburgo*, en “Derecho y Religión” 4 (2009), pp. 94-98. Entre la bibliografía extranjera, Vid. N. LERNER, *How Wide the Margin of Appreciation? The Turkish Headscarf Case, the Strasbourg Court, and Secularist Tolerance*, en “Willamette Journal of International Law and Dispute Resolutions” 13 (2005), pp. 65-85; B. CHELINI-PONT & E. TAWIL, *Brèves remarques sur l’arrêt Leyla Sahin*, en “Annuaire Droit et Religions”, 2 (2006-2007), pp. 607-611; T.J. GUNN, *Fearful Symbols: The Islamic Headscarf and the European Court of Human Rights in Sahin v. Turkey*, en “Annuaire Droit et Religions” 2 (2006-2007), pp. 639-665; K. PABEL, *Die Rolle der Grossen Kammer des EGMR bei Überprüfung von Kammer-Urteilen im Lichte der bisherigen Praxis / Kopftuch-Fall Leyla Sahin*, in “Europäische Grundrechte Zeitschrift” 33 (2006), pp. 3-11. También los trabajos de T.J. GUNN, N. HOSTMAELINGEN, T. LINDHOLM & I.T. PLESNER incluidos en el volumen W.C. DURHAM, D.M. KIRKHAM, C. SCOTT & R. TORFS (EDS.), *Islam, Europe and Emerging Legal Issues*, Aldershot 2012.

⁴¹ Vid. J. GUNN, *Fearful Symbols...*, cit. en la nota anterior, pp. 655-661.

⁴² Así lo hace notar el propio Tribunal: Cfr. *Leyla Şahin* (Grand Chamber, 2005), §§55-65.

⁴³ *Leyla Şahin* (2004), §108, y *Leyla Şahin* (Grand Chamber, 2005), §115.

paradójica de todo ello consiste en asumir que se puede lograr un clima de tolerancia y respeto recurriendo a la intolerancia hacia una forma determinada de expresión religiosa.

Todo parece indicar que la sentencia *Leyla Şahin* es una decisión que fue adoptada siguiendo criterios más políticos que estrictamente jurídicos⁴⁴, en contraste con los principios normalmente aplicados a los restantes derechos fundamentales, y con los criterios esenciales de interpretación en materia de derechos humanos. La sentencia hace hincapié sobre todo en la necesidad de limitaciones a la libertad religiosa más que en la garantía de esta última y en la exigencia de rigurosos controles a tales limitaciones. Así, termina por interpretarse restrictivamente el contenido del derecho de libertad de conciencia al tiempo que se interpretan extensivamente las limitaciones que pueden imponerse al mismo. Además, parecen olvidarse los principios que el Tribunal ha utilizado en otras ocasiones en materia de libertad religiosa (algunos de los cuales, paradójicamente, son mencionados por la propia sentencia *Leyla Şahin* entre los fundamentos de su decisión⁴⁵). Por ejemplo, el valor inapreciable de la libertad religiosa y de conciencia como fundamento de una sociedad democrática y plural, incluido el derecho a difundir las propias creencias⁴⁶. O que, “salvo en casos muy excepcionales, el derecho de libertad religiosa... excluye toda discrecionalidad del Estado para determinar si las creencias religiosas, o los medios empleados para expresar esas creencias, son legítimos”⁴⁷.

La sentencia *Leyla Şahin* contrasta además notablemente con un dictamen coetáneo, sobre caso análogo, del Comité de Derechos Humanos de Naciones Unidas: el caso *Hudoyberganova*⁴⁸. También se abordaba aquí la circunstancia de la expulsión de una estudiante de un instituto universitario —en Uzbekistán— por rehusar despojarse de su *hijab*, en el contexto de una legislación prohibitiva del uso de atuendos de significado religioso, visiblemente orientada a la eliminación de símbolos islámicos, y no sólo en el entorno educativo. Estimó el Comité que se había producido una violación del art. 18 Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, entendiendo que el Estado uzbeko no había aportado ninguna razón específica que justificara ni las medidas prohibitivas ni la expulsión de la estudiante, y afirmando con claridad que “la libertad de manifestar la propia religión comprende el derecho a llevar en público un atuendo que esté en consonancia con la fe o la religión de la persona”⁴⁹.

En todo caso, es importante hacer notar que, no obstante todas sus deficiencias y pese a las numerosas críticas recibidas, la argumentación utilizada en el caso *Leyla Şahin* ha sido empleada por el Tribunal posteriormente para decidir otros casos relativos al uso de simbología religiosa, entre ellos algunos referentes a la prohibición del velo islámico en el entorno educativo, tanto en Turquía (casos *Köse* y *Kurtulmus*⁵⁰) como, posteriormente, en Francia

⁴⁴ En la línea de otras sentencias del TEDH relativas al Islam, como, sobre todo, *Refah Partisi* y *Kalaç*. Vid., al respecto, J. MARTÍNEZ-TORRÓN, *Islam in Strasbourg: Can Politics Substitute for Law?*, en W.C. DURHAM, D.M. KIRKHAM, C. SCOTT & R. TORFS (EDS.), *Islam, Europe...*, cit. en nota 40, pp. 41-49.

⁴⁵ Vid. especialmente los §§104 y 107 de la sentencia de Gran Sala.

⁴⁶ Cfr. *Kokkinakis c. Grecia*, 25 mayo 1993, §31.

⁴⁷ *Manoussakis et al. c. Grecia*, 26 septiembre 1996, §47 (sobre los límites del control gubernativo al autorizar la apertura de lugares de culto). El mismo principio fue reiterado en *Hasan y Chaush c. Bulgaria*, 26 octubre 2000, §78 (límites de la intervención del Estado en disputas internas de comunidades religiosas, y concretamente a la elección de líderes religiosos); *Metropolitan Church of Bessarabia c. Moldova*, 13 diciembre 2001, §123 (ilegítima intervención del Estado en caso de cisma en una iglesia ortodoxa).

⁴⁸ Dictamen relativo a la comunicación No. 931/2000: Uzbekistán, 18 enero 2005, CCPR/C/82/D/931/2000, comunicación presentada por la Sra. Raihon Hudoyberganova.

⁴⁹ *Ibid.*, §6.2.

⁵⁰ *Köse* y otros 93 demandantes c. Turquía, Dec. Adm. n. 26625/02, 24 enero 2006; *Kurtulmus c. Turquía*, Dec. Adm. n. 65500/01, 24 enero 2006.

(casos *Dogru*, *Kervanci*, y otros casos⁵¹ relativos a la aplicación de la ley francesa que prohíbe los símbolos personales religiosos de carácter ‘ostensible’ en la escuela pública⁵²).

4.3. *Bayatyan*: ¿un posible cambio en la jurisprudencia del TEDH?

No obstante lo indicado en las páginas anteriores, algunas sentencias recientes del TEDH hacen pensar en la posibilidad de que se esté produciendo un cambio de rumbo en esa jurisprudencia, en términos más tuitivos de la libertad de conciencia —aunque, como veremos enseguida, tal cambio sería de momento tímido y con perfiles irregulares—.

La decisión probablemente más importante a este respecto es la sentencia de la Gran Sala del Tribunal en el caso *Bayatyan*, de 2011⁵³, que fallaba a favor del demandante y revocaba la sentencia de sala⁵⁴. Se trataba de un caso relativo a objeción al servicio militar⁵⁵, que había sido resuelto en primera instancia de acuerdo con la praxis tradicional del TEDH: es decir, mediante una remisión al artículo 4.3.b CEDH⁵⁶. Fundándose en que este artículo no considera trabajo forzoso el servicio militar obligatorio o el servicio militar sustitutivo, tanto la Comisión como el Tribunal se habían siempre limitado a subrayar que el art. 9 CEDH no podía interpretarse en el sentido de garantizar un derecho a rechazar la realización del servicio militar por motivos de conciencia, y esta misma es sustancialmente la tesis que el TEDH

⁵¹ *Dogru c. Francia*, y *Kervanci c. Francia*; ambas sentencias fueron dictadas por la misma sala del TEDH, en la misma fecha, 4 diciembre 2008, y con texto casi idéntico. También *Aktas c. Francia*, Dec. Adm. n. 43563/08; *Bayrak c. Francia*, Dec. Adm. n. 14308/08; *Gamaleddyn c. Francia*, Dec. Adm. n. 18527/08; *Ghazal c. Francia*, Dec. Adm. n. 29134/08; *Jasvir Singh c. Francia*, Dec. Adm. n. 25463/08; y *Ranjit Singh c. Francia*, Dec. Adm. n. 27561/08, todas ellas de 30 junio 2009 (las dos últimas se refieren a vestimenta sij, no a velo islámico). Para un análisis más pormenorizado de las decisiones citadas en este párrafo, me remito a R. NAVARRO-VALLS & J. MARTÍNEZ-TORRÓN, *Conflictos entre conciencia y ley...*, cit. en nota 4, pp. 332-342.

⁵² Me refiero, naturalmente, a la *Loi n.º 2004-228, du 15 mars 2004, encadrant, en application du principe de laïcité, le port de signes ou de tenues manifestant une appartenance religieuse dans les écoles, collèges et lycées publics*. Una explicación y comentario crítico de dicha ley puede verse en A. GARAY, *Laïcité, école et appartenance religieuse: pour un bilan exigeant de la loi n.º 2004-228 du 15 mars 2004*, en “Cahiers de la Recherche sur les Droits Fondamentaux” 4: “Quel avenir pour la laïcité cent ans après la loi de 1905?” (2005), pp. 33-48. En el contexto más amplio de las relaciones entre Estado y religión en Francia, Vid. B. CHELINI-PONT & T.J. GUNN, *Dieu en France et aux Etats-Unis. Quand les mythes font la loi*, Paris 2005. En España, Vid. S. CAÑAMARES ARRIBAS, *Libertad religiosa, simbología...*, cit. en nota 40, pp. 70 ss.; A. GONZÁLEZ-VARAS IBÁÑEZ, *Confessioni religiose, diritto e scuola pubblica in Italia. Insegnamento, culto e simbologia religiosa nelle scuole pubbliche*, Bologna 2005, pp. 229 ss; M.J. CIÁURRIZ, *Laicidad y ley sobre los símbolos religiosos en Francia*, en “El pañuelo islámico en Europa”, cit. en nota 40, pp. 91 ss. Estando en imprenta estas páginas, la Sala del TEDH ha pronunciado la sentencia S.A.S. c. Francia, 1 julio 2014, en la que se declara compatible con el CEDH la controvertida legislación francesa de 2010 promulgada para prohibir el *nigal* en todos los espacios públicos, incluida la vía pública (Loi n.º 2610-1192, de 11 octubre 2010, interdisant la dissimulation du visage dans l'espace public).

⁵³ *Bayatyan c. Armenia* (Grand Chamber), 7 julio 2011.

⁵⁴ *Bayatyan c. Armenia*, 27 de octubre de 2009.

⁵⁵ El reclamante era un ciudadano armenio, testigo de Jehová, quien, tras ser declarado hábil para el servicio militar, comunicó a las autoridades nacionales pertinentes su objeción de conciencia por motivos religiosos, a la vez que manifestó su disponibilidad para efectuar un servicio civil alternativo. Tras su arresto en septiembre de 2002 fue condenado a prisión y cumplió parte de su condena, a pesar de que, en mayo de 2000, Armenia, en pleno proceso de admisión al Consejo de Europa, había declarado unilateralmente su intención de promulgar —en el plazo de tres años desde su incorporación— una ley que regulase un servicio civil sustitutorio, así como de conceder mientras tanto una amnistía a los objetores condenados a penas de prisión, a la espera de que realizasen la prestación sustitutoria una vez la prometida ley entrara en vigor.

⁵⁶ Me remito en este punto a R. NAVARRO-VALLS & J. MARTÍNEZ-TORRÓN, *Conflictos entre conciencia y ley...*, cit. en nota 4, pp. 97 ss., y bibliografía allí citada.

mantuvo en la sentencia de sala⁵⁷. Al voto de la mayoría se opuso, sin embargo, una opinión discrepante⁵⁸, en la que, a la luz de la doctrina del Convenio Europeo como “instrumento vivo”, se alegaba que el artículo 4.3.b CEDH, en el que ni se reconoce ni se excluye la existencia de un derecho a la objeción de conciencia, no puede servir de “carta blanca” a los Estados para establecer cualesquiera medidas aplicables a los objetores de conciencia. Al contrario, en aplicación de la doctrina general sobre limitaciones a las libertades, cualquier injerencia en los derechos reconocidos por el artículo 9 CEDH, incluido el derecho a manifestar las propias creencias, debe ser justificada y proporcionada.

Veinte meses después, la *Grand Chamber* del Tribunal Europeo acogía sustancialmente el análisis que la juez discrepante había realizado respecto a la decisión de sala. En esta nueva sentencia, el TEDH abandonaba explícitamente la precedente jurisprudencia en materia de objeción al servicio militar, afirmando con rotundidad que el artículo 4 CEDH no tiene por objeto ni restringir ni matizar el ámbito de los derechos protegidos por el artículo 9 CEDH, y que eso resulta aún más patente cuando se observa cómo ha evolucionado de la tutela de la objeción de conciencia en los países miembros del Consejo de Europa⁵⁹. En consecuencia, el TEDH procedía a enjuiciar la situación desde la exclusiva perspectiva del artículo 9 CEDH, concluyendo que debía dictar sentencia a favor del demandante. Dos de los argumentos utilizados por el Tribunal nos resultan de particular interés aquí, porque su influencia futura podría desbordar ampliamente las fronteras de la objeción al servicio militar.

En primer lugar, a pesar de que el artículo 9 CEDH no menciona específicamente la objeción de conciencia, la libertad de conciencia se encuentra protegida por dicho artículo cuanto se produce un “conflicto grave e ineludible” con obligaciones legalmente establecidas y está fundado en “una convicción o creencia de suficiente imperatividad, gravedad, coherencia e importancia”⁶⁰. En segundo lugar, las penas impuestas al demandante no pueden considerarse una medida “necesaria en una sociedad democrática”, particularmente teniendo en cuenta que había otras alternativas para acomodar los respectivos intereses opuestos del Estado y del objetor⁶¹. Es decir, asumía implícitamente un principio similar al sentado por la doctrina jurisprudencial norteamericana de la *reasonable accommodation* y los *least restrictive means* (o la doctrina canadiense del *minimal impairment*), según la cual el Estado está obligado a buscar una acomodación de las creencias de los objetores siempre que no se lesione un interés jurídico superior; y, cuando tal acomodación no sea posible por completo, está obligado además a buscar los medios de garantizar ese interés jurídico superior que sean menos restrictivos para la libertad de conciencia de los objetores. Cuando hay alternativas que permitan al Estado conciliar los intereses jurídicos en conflicto sin lesionar el derecho fundamental a la libertad de conciencia, el uso de esas alternativas no es una opción sino una obligación.

⁵⁷ *Bayatyan c. Armenia* (2009), §63.

⁵⁸ De la Juez Ann Power, de Irlanda.

⁵⁹ Cfr. especialmente *Bayatyan* (Grand Chamber), §§100-103.

⁶⁰ *Ibid.*, §110.

⁶¹ “Thus, the system existing at the material time imposed on citizens an obligation which had potentially serious implications for conscientious objectors while failing to allow any conscience-based exceptions and penalising those who, like the applicant, refused to perform military service. In the Court’s opinion, such a system failed to strike a fair balance between the interests of society as a whole and those of the applicant. It therefore considers that the imposition of a penalty on the applicant, in circumstances where no allowances were made for the exigencies of his conscience and beliefs, could not be considered a measure necessary in a democratic society. Still less can it be seen as necessary taking into account that there existed viable and effective alternatives capable of accommodating the competing interests, as demonstrated by the experience of the overwhelming majority of the European States” (*Ibid.*, §125).

El TEDH refería esos argumentos a la concreta situación de un objetor al servicio militar, pero no cabe duda de que son aplicables a los demás tipos de conflicto entre conciencia individual y obligaciones impuestas por una ley ‘neutral’, siempre que se trate de deberes morales que tengan su raíz en una convicción lo suficientemente “imperativa, grave, coherente e importante”. Sería desde luego insostenible afirmar que el razonamiento del Tribunal Europeo sólo resulta válido para la objeción al servicio militar o para aquellas convicciones que el Tribunal pueda designar en el futuro como ‘merecedoras’ de la protección cualificada que ofrece el artículo 9 CEDH. Entre otras razones, porque el propio Tribunal ha declarado reiteradas veces que los Estados carecen de competencia para pronunciarse sobre la legitimidad de las creencias y de los medios que los ciudadanos eligen para manifestarlas⁶²: si los Estados no pueden realizar esa clase de juicios de valor, mucho menos puede el Tribunal Europeo. El factor clave no es la simpatía o aquiescencia de la Corte, sino la comprobación de que se trata, en efecto, de un serio conflicto de conciencia basado en genuinas creencias —religiosas o no— que se traducen en obligaciones morales imperativas para el objetor.

4.4. Un itinerario irregular: *Sessa y Eweida*

Lamentablemente, pocos meses después, en una sentencia de sala en el caso *Sessa*⁶³, el TEDH adoptaba una actitud incomprensible y muy diferente. En *Sessa*, el TEDH abordaba la situación de un abogado judío que había solicitado, en tiempo oportuno, una nueva fecha alternativa para una vista oral relativa a un incidente probatorio en un proceso penal contra un cliente suyo, porque las dos únicas fechas designadas por el juez de instrucción coincidían con festividades hebraicas de preceptivo descanso. El juez rechazó su petición, pese a que las fechas para vista oral habían sido fijadas con bastantes meses de antelación⁶⁴. El TEDH, en una sentencia adoptada por exigua mayoría —cuatro votos contra tres— afirmó que no se había producido injerencia alguna en la libertad religiosa del demandante, argumentando que podía haberse hecho sustituir por un colega en esa vista oral, y que “no había probado que hubiera sufrido presión para cambiar su creencia religiosa o para impedirle manifestar su religión o creencia”⁶⁵. La mayoría de la sala ignoraba así los criterios sentados por la *Grand Chamber* en *Bayatyan*. Sin duda, no había presión directa sobre la libertad de conciencia del abogado, pero sí existía presión indirecta, al negarse la organización judicial a realizar una acomodación mínima, y por lo demás fácil, a las obligaciones morales del demandante. No es extraño, por ello, que los tres jueces en minoría escribieran un enérgico voto discrepante, en el que, entre otras cosas, se indicaba que las explicaciones dadas por el juez para negarse a fijar una fecha alternativa eran en rigor pretextos más que verdaderas razones.

A principios de 2013, la compleja sentencia *Eweida*⁶⁶ venía a hacer la situación aún más confusa, pues parecía retornar a los principios que fueron enunciados en *Bayatyan* pero los aplicaba de manera un tanto irregular. Esa sentencia decidía cuatro demandas que tenían en común el hecho de que ciertas obligaciones morales de los demandantes, que éstos conside-

⁶² Vid. *Manoussakis c. Grecia*, 26 septiembre 1996, §47; *Hasan and Chaush c. Bulgaria*, 26 octubre 2000, §78.

⁶³ *Francesco Sessa c. Italia*, 3 abril 2012.

⁶⁴ El demandante había formulado su solicitud de cambio inmediatamente después de que le fueran comunicadas por el juez dos fechas alternativas para la vista oral, y con varios meses de antelación (además, esas fechas, en realidad, venían a sustituir al día originalmente fijado, en que el abogado estaba presente, pero no el juez instructor). Las dos fechas objetadas por Sessa coincidían con dos importantes festividades judías: Yom Kipur y Sucot.

⁶⁵ *Francesco Sessa*, §37.

⁶⁶ *Eweida y otros c. Reino Unido*, 15 enero 2013.

raban de carácter gravemente imperativo, habían tenido un impacto negativo en sus respectivas relaciones jurídicas con sus dadores de trabajo, privados en unos casos y públicos en otros. Todos los demandantes eran de religión cristiana.

En síntesis, los conflictos de conciencia eran los siguientes. En *Eweida*, una empleada de British Airways insistía en llevar visible un colgante con una cruz dorada, como símbolo de su compromiso con la fe cristiana, y en contra de las reglas de uniforme de la empresa, que admitía excepciones para los pañuelos islámicos pero no para las cruces. En *Chaplin*, una enfermera que trabajaba en la sección geriátrica de un hospital público también exigía su derecho a llevar visiblemente un colgante con una cruz como expresión de su fe, pero la gerencia del hospital consideraba que eso implicaba un riesgo para la seguridad de los pacientes después de que se hiciera un cambio en el uniforme de las enfermeras: el cuello pasó a ser en V, de manera que el colgante resultaba visible y accesible. En *Ladele*, una empleada de un registro civil de nacimientos, matrimonios y defunciones, tenía problemas de conciencia para inscribir las uniones civiles entre personas del mismo sexo —que consideraba contrarias a la ley divina— después de que su distrito decidiera en 2005 que esa clase de uniones debería ser inscrita en el mismo registro⁶⁷; inicialmente, Ms Ladele hacía permutas con algunos colegas cuando recibía una solicitud de inscripción de esa clase, pero, debido en gran parte a la presión ejercida por sus colegas homosexuales, las autoridades del distrito decidieron que no podía continuar con esa práctica. En *McFarlane*, un psicólogo especializado en terapias sexuales y de pareja, que trabajaba para una organización privada, tenía problemas de conciencia para tratar a parejas homosexuales y bisexuales, a pesar de que, cuando comenzó en su puesto de trabajo, sabía que esa situación podría producirse.

El TEDH sólo estimó que hubiera violación del art. 9 CEDH en el caso de *Eweida*, la empleada de British Airways. No entraré aquí en los detalles de la sentencia⁶⁸, cuyo razonamiento no puedo compartir en su totalidad, pero sí quisiera poner de relieve dos de sus aspectos. Primero, uno negativo: un análisis de los hechos y de sus consecuencias demasiado simplista, que llevaba al Tribunal a no aplicar de manera rigurosa el principio, declarado en *Bayatyan*, de que una restricción de la libertad de conciencia no puede considerarse “necesaria en una sociedad democrática” si el Estado dispone de medios alternativos que permitan garantizar el bien público involucrado sin lesionar la conciencia del objetor. El segundo aspecto, en cambio, me resulta positivo. Me refiero a la afirmación del TEDH de que una norma empresarial que impide a un trabajador cumplir con una obligación moral constituye una injerencia en la libertad de conciencia garantizada por el art. 9 CEDH, siempre que tal obligación moral provenga de “concepciones que alcanzan un cierto nivel de imperatividad, seriedad, coherencia e importancia”, y que haya “un vínculo suficientemente próximo y directo entre el acto en cuestión y la creencia subyacente”⁶⁹. La consecuencia es que el Estado debe proporcionar una válida justificación para permitir esa injerencia en los derechos

⁶⁷ En aquel momento, no era legal en Reino Unido el matrimonio homosexual, pero dos personas del mismo sexo podían inscribirse como *civil partnership*, que tenía muchos de los efectos del matrimonio.

⁶⁸ Para un análisis de esta sentencia, Vid. M. HILL, *Religious Symbolism and Conscientious Objection in the Workplace: An Evaluation of Strasbourg's Judgment in Eweida and others v United Kingdom*, en “Ecclesiastical Law Journal” 15 (2013), pp. 191-203. Vid. también H. HALL & J.G. OLIVA, *Simbología religiosa en el ámbito laboral. A propósito del caso Chaplin y sus implicaciones en el derecho británico*; F. PÉREZ-MADRID, *Objeción de conciencia y uniones civiles entre personas del mismo sexo: comentarios acerca del caso Ladele c. Reino Unido*; y A. GONZÁLEZ-VARAS, *Objeción de conciencia al tratamiento psicológico de homosexuales*, todos ellos en “Revista General de Derecho Canónico y Derecho Eclesiástico del Estado” 32 (2013) (www.iustel.com).

⁶⁹ Cfr. *Eweida*, §§81-82.

del trabajador, aplicando los criterios del art. 9.2 CEDH y, por tanto, probando que es “necesaria en una sociedad democrática”.

Con este planteamiento, el Tribunal Europeo rechaza expresamente una idea que puede pervertir el sentido de la libertad de conciencia en un entorno tan especial como el de las relaciones laborales. En concreto, la idea de que la libertad de conciencia no quedaría tutelada contra las normas ‘neutrales’ que rigen en el lugar de trabajo, y que tales normas no constituirían propiamente restricciones a la libertad individual que haga falta justificar como necesarias, porque el trabajador puede ‘fácilmente’ evitar la presión sobre su conciencia si renuncia voluntariamente a su trabajo⁷⁰.

5. CONSIDERACIONES FINALES

Como ha podido observarse, la actitud tradicional del TEDH antes de la sentencia *Bayatyan* de 2011 (*Grand Chamber*) contrasta con la actitud adoptada por otras instancias internacionales.

Por ejemplo, el antes citado Comentario General del Comité de Derechos Humanos al artículo 18 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de Naciones Unidas, de 1966⁷¹, en relación con la objeción al servicio militar, declara que, pese a que el Pacto no la reconoce explícitamente, “ese derecho puede derivarse del artículo 18 [libertad de pensamiento, conciencia y religión], en la medida en que la obligación de utilizar una fuerza letal puede entrar en grave conflicto con la libertad de conciencia y con el derecho a manifestar la propia religión o creencia”⁷². Naturalmente, ese razonamiento resulta igualmente válido para otros conflictos entre conciencia y norma jurídica, y así lo muestra otro pasaje del mismo Comentario General, que insiste en que los diversos modos de “manifestación” de la religión o convicciones han de interpretarse de manera amplia, incluyendo deberes morales que no son estrictamente rituales o de culto⁷³.

En la misma línea, y de manera aún más específica, dentro de las iniciativas adoptadas por la Organización para la Seguridad y Cooperación en Europa (OSCE), unas Directrices sobre libertad de religión o creencia, publicadas en 2004, insisten en que las legislaciones o constituciones nacionales han de ser sensibles, y tratar de adaptarse, a aquellas situaciones en que ciertas “personas o grupos, como una cuestión de conciencia, encuentran difícil o moralmente objetable cumplir con leyes generalmente aplicables”⁷⁴.

⁷⁰ ‘Given the importance in a democratic society of freedom of religion, the Court considers that, where an individual complains of a restriction on freedom of religion in the workplace, rather than holding that the possibility of changing job would negate any interference with the right, the better approach would be to weigh that possibility in the overall balance when considering whether or not the restriction was proportionate’ (*Ibid.*, §83).

⁷¹ *Vid. supra*, nota 16.

⁷² §11 del General Comment No. 22: The right to freedom of thought, conscience and religion (Art. 18): 30/07/93; CCPR/C/21/Rev.1/Add.4, General Comment No. 22.

⁷³ *Cfr. Ibid.*, §4. El Comité menciona —sin ánimo alguno de exhaustividad— algunos ejemplos, como el uso personal de ciertas prendas de vestir o símbolos preceptivos según la propia religión, la observancia de los días de descanso religioso o ciertas obligaciones dietéticas.

⁷⁴ *Vid. las Guidelines for Review of Legislation Pertaining to Freedom of Religion or Belief*, §II.L. Estas directrices fueron preparadas por el OSCE/ODIHR Panel of Experts on Freedom of Religion or Belief, en consulta con la European Commission for Democracy through Law (conocida como la Venice Commission), y contienen los estándares mínimos que deben cumplir las leyes nacionales en materia de libertad religiosa de acuerdo con los compromisos de la OSCE. Desde su elaboración, han sido utilizadas en numerosas ocasiones para redactar informes ad hoc respecto a proyectos de ley en el entorno OSCE. Las *Guidelines* fueron adoptadas por la Venice Commission en su 59ª Sesión Plenaria (Venecia, 18-19 Junio 2004), y fueron recibidas por la Asamblea Parlamentaria de la OSCE en su Sesión Anual (Edimburgo, 5-9 Julio 2004). Las *Guidelines* han sido

En el ámbito del derecho comunitario europeo, encontramos un claro reconocimiento de la objeción como derecho fundamental en la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea, cuyo art. 10.2, en directa conexión con la libertad de pensamiento, de conciencia y de religión, garantiza “el derecho a la objeción de conciencia de acuerdo con las leyes nacionales que regulen su ejercicio”⁷⁵. Aunque su interpretación no es del todo clara, particularmente por lo que concierne a la relación entre el derecho de objeción de conciencia y las leyes nacionales, no parece que ésta pueda ser entendida como un deseo de someter el reconocimiento de la objeción a la *interpositio legislatoris*: no sólo porque parece a todas luces irrazonable condicionar la existencia de un derecho fundamental europeo a la voluntad del legislador nacional, sino también por la elemental razón de que, si se hubiera querido hacer depender la tutela de la objeción de conciencia de las leyes nacionales, no tendría sentido alguno haberla incluido como derecho fundamental en la Carta. El artículo 10.2 de la Carta parece ir encaminado a reconocer un derecho íntimamente vinculado a la libertad de religión y creencias —la objeción de conciencia— y a determinar cómo pueden establecerse limitaciones al mismo: mediante una legislación debidamente aprobada. La expresión “de acuerdo con las leyes nacionales” contendría, por ello, una referencia a que los legisladores nacionales son los naturalmente competentes para establecer límites apropiados al derecho de objeción. Es decir, una simple remisión a la posibilidad de que los derechos nacionales regulen los supuestos más frecuentes de objeción; lo cual ha de interpretarse, además, en el sentido de que esa *regulación* de la objeción nunca podrá entenderse como *negación* de la misma⁷⁶.

Esas otras actitudes de instancias internacionales respecto a las objeciones de conciencia responden, mucho más que la tradicional posición restrictiva del TEDH antes explicada, a la idea de que un *Estado de derecho* es al mismo tiempo un *Estado de derechos*⁷⁷, con la consecuencia de que los poderes públicos están obligados a procurar una adaptación razonable a los deberes de conciencia de los ciudadanos, en la medida en que no se perjudique un interés público predominante. Naturalmente, ese deber de adaptación no puede depender de la ‘razonabilidad’ de una determinada objeción en el contexto de una sociedad determinada, ni de la simpatía o temor que pueda despertar. Conviene advertirlo porque, no pocas veces, el estudio de las cuestiones que plantea la libertad de conciencia se aborda desde una perspectiva más emocional que jurídica, con un excesivo acento en la afinidad —o falta de afinidad— que pueda tenerse con la posición de los objetores. Incluso lo que debería ser un análisis estrictamente jurídico llega a transformarse en un campo de batalla ideológico-político. Así, a veces se da la paradoja de que quienes defienden enconadamente, por ejemplo, la objeción al servicio militar o la objeción fiscal a los gastos de defensa, atacan con análoga ferocidad a quienes plantean objeción a la práctica de abortos, a la eutanasia o a determina-

también recomendadas por el *Special Rapporteur* de Naciones Unidas sobre libertad de religión o creencia (Report of the Special Rapporteur on Freedom of Religion or Belief to the 61st Session of the Commission on Human Rights, E/CN. 4/2005/61 para. 57). El texto de esas *Guidelines* puede consultarse en: <http://www.osce.org/odihr/13993> (visitado 5 mayo 2014).

⁷⁵ Acerca del valor jurídico vinculante de la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea, Vid. A. FERNÁNDEZ, *La Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea*, Valencia 2001, pp. 79-100; y R. ALONSO & D. SARMIENTO, *La Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea. Explicaciones, concordancias y jurisprudencia*, Pamplona 2006, pp. 37-54.

⁷⁶ En tal sentido, cabe aplicar a la referencia general a la objeción de conciencia en la Carta de Derechos Fundamentales un razonamiento análogo al que expresaba el Tribunal Constitucional español respecto a la mención constitucional del derecho a la objeción al servicio militar: la ausencia de una legislación de desarrollo de ese derecho no puede entenderse como privación del mismo, pues la regulación de un derecho tiene por objeto asegurar “su plena aplicabilidad y eficacia” (STC 15/1982, 23 abril 1982, FJ 6º).

⁷⁷ Vid. R. BERTOLINO, *L'obiezione di coscienza 'moderna'*, cit. en nota 9, p. 77.

das actividades de experimentación biogenética —a pesar, curiosamente, de que todas esas clases de objeción tienen como fundamento ético el profundo respeto a la vida humana.

Lo anterior quiere decir, en otras palabras, que el análisis jurídico de cada objeción ha de realizarse con independencia del contenido concreto de las creencias invocadas por el objeto: ya sean éstas ‘razonables’ o no, típicas o atípicas, estrictamente individuales o con el claro refrendo institucional de una confesión religiosa. Así lo reclama la neutralidad ética del Estado, que implica una ausencia de juicio sobre qué es lo moralmente correcto, excepto en aquellas cuestiones que afectan a los principios éticos que fundamentan el orden jurídico, y especialmente el orden constitucional. E interesa notar que ese ‘relativismo ético’ del Estado, esencial para el mantenimiento del pluralismo, ha sido afirmado desde antiguo por el Tribunal Europeo: salvo en casos muy excepcionales, “el derecho a la libertad de religión garantizado por el Convenio excluye toda discrecionalidad del Estado para determinar si las creencias religiosas o los medios empleados para expresar esas creencias son legítimos”⁷⁸.

Frente a la posición tradicional del Tribunal Europeo, reticente a aceptar todas las consecuencias de ese principio, la sentencia *Bayatyan* de la *Grand Chamber*, en 2011, abrió las puertas a la esperanza de un cambio de rumbo jurisprudencial, sentando dos principios que son esenciales en esta materia. Primero, que los conflictos entre libertad de conciencia y leyes neutrales plantean serias cuestiones desde la perspectiva del artículo 9 CEDH: por muy neutrales que dichas leyes aparezcan *prima facie*, pueden suponer restricciones importantes a la libertad que tienen los ciudadanos de comportarse de acuerdo con sus obligaciones morales. Y segundo, en consecuencia, que es necesario abordar tales situaciones utilizando los criterios que menciona el párrafo 2º de ese artículo: es decir, analizando si las limitaciones que esas leyes imponen a la libre conciencia de los ciudadanos pueden considerarse “necesarias en una sociedad democrática”, con el matiz de que difícilmente pueden considerarse necesarias aquellas medidas restrictivas de la libertad de conciencia que pueden ser sustituidas por otras medidas no coercitivas que garanticen el interés jurídico perseguido por la ley neutral objetada.

Tras *Bayatyan*, no obstante, los posteriores casos *Sessa* y *Eweida* han vuelto más nebuloso el planteamiento iniciado por la Gran Sala del Tribunal en 2011. Habrá que estar atentos a la evolución jurisprudencial en esta materia en el futuro próximo, y —como una ineludible manifestación de respeto por el TEDH— la doctrina jurídica deberá continuar siendo exigente en su análisis crítico de la jurisprudencia de Estrasburgo. El TEDH es actualmente la instancia jurisdiccional más influyente en materia de derechos humanos, y no puede permitirse decidir situaciones complejas con razonamientos endeble o, simplemente, poco precisos.

⁷⁸ *Manoussakis y otros c. Grecia*, 26 septiembre 1996, §47.